

## DAS 'ASTREINTES' NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER FUNGÍVEIS

**Athos Gusmão Carneiro**

Desembargador no T.J.R.G.S., Professor de Direito Processual Civil  
na Faculdade de Direito da U.F.R.G.S. e no Curso de Preparação  
à Judicatura da AJURIS

Conciliação do aparente antagonismo entre os arts. 287 e 644, do C.P.C. Lições da doutrina. A imposição das 'astreintes', como meio de coerção sobre o devedor da obrigação de fazer ou não fazer, objetivando a execução específica da obrigação, não se restringe aos casos de prestações *infungíveis*, podendo aplicar-se também nos casos de prestações *fungíveis*.

Em ação cível objeto de recurso perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que o autor pretendeu a condenação da parte adversa à construção de um muro entre duas propriedades urbanas, o magistrado de primeira instância excluiu a possibilidade de imposição de pena pecuniária, sob o argumento de tratar-se de obrigação de fazer *fungível*, cabendo apenas a construção da parede divisória por terceiro ou resolvendo-se a obrigação em perdas e danos. Cuidou, certamente, em que nos termos do art. 287, do C.P.C., em interpretação isolada, apenas quando se tratar de obrigação de fazer, que 'não possa ser realizada por terceiro', é que constará da inicial a cominação da pena

pecuniária para o caso de não cumprimento da sentença condenatória.

Impõe-se, no entanto, a conciliação entre a regra do citado art. 287 com o preceito do art. 644, do mesmo diploma legal.

Com efeito, o art. 644, do C.P.C., reza: 'Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz'.

E, pelo art. 645, 'a condenação na pena pecuniária deverá constar da sentença, que julgou a lide'.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, no seu excelente 'Processo de Execução' (3ª edição, p. 226 a

227), refere a lição de MOACYR AMARAL SANTOS, distinguindo como *prestações fungíveis* 'as que, por sua natureza, ou disposição convencional, podem ser satisfeitas por terceiro, quando o obrigado não as satisfaça. São exemplos comuns as empreitadas de serviços rurais, como desmatamentos, plantio de lavouras e as de limpeza ou reforma de edifícios'. Menciona serem *infungíveis* 'as prestações que somente podem ser satisfeitas pelo obrigado, em razão de suas aptidões ou qualidades pessoais'.

Salienta o ilustre magistrado mineiro que 'a grande importância na distinção que ora se faz está em que, sendo fungível a prestação, poderá o credor executá-la especificamente, ainda que contrariamente à vontade do devedor. Utilizar-se-ão, para tanto, os serviços de terceiros e o devedor ficará responsável pelos gastos respectivos (arts. 633 e 634). Se, porém, a obrigação for de prestação infungível, a recusa ou mora do devedor importam sua conversão em perdas e danos, gerando a execução pela 'obrigação subsidiária' e dando lugar à aplicação do clássico princípio de que 'c'est en cette obligation de dommages et intérêts que se résolvant toutes les obligations de faire quelque chose...'. Aludindo à multa como meio de coação, menciona outrossim THEODORO JÚNIOR haver o direito moderno criado 'a possibilidade de coa-

gir o devedor das obrigações de fazer e não fazer a cumprir as prestações a seu cargo mediante a imposição de multas', e alude a que 'o novo Código prevê, expressamente, a utilização de multa diária para compelir o devedor a realizar a prestação de fazer ou não fazer (art. 644), desde, porém, que a cominação tenha sido objeto de condenação na sentença que julgou a lide, no processo de conhecimento (art. 645)'.

Do eminente processualista sul-rio-grandense ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (Coments. ao C.P.C., Forense, 69<sup>o</sup> vol., Tomo II, n. 1.782 e 1.783) o magistério: 'Ante o inadimplemento de uma obrigação que compita ao devedor fazer ou não fazer, a prestação poderá ser *fungível* (na falta de ato do devedor, o credor ou, mais comumente, um terceiro, poderão realizá-la, art. 633, ou desfazê-la — arts. 633, 634 e 643), ou *infungível* (arts. 638, 639 e 643, parágrafo único). Como sucedâneo normal, equivalendo, em princípio, à própria obrigação incumprida, o remédio será a liquidação das perdas e danos resultantes para o credor.

Entretanto, o credor pode ter interesse na prestação em si mesma, sem satisfazer-se com as perdas e danos. Em face do milenário adágio *nemo potest praecise cogi ad factum*, aparentemente, o credor, que não obtivesse a prestação do deve-



dor, não teria meio eficiente e seguro de consegui-la do inadimplente. Seria imoral e injusto se solução inexistisse, lesando, quiçá, de modo irreparável o credor ante a obstinação do devedor. Entre outros meios de, teoricamente, exitoso resultado para o credor (*verbi gratia*, resolução do contrato ou requerer o auxílio da força pública, segundo os exemplos de Jossierand), surgiu, no direito francês, a medida conhecida como 'astreintes', que, na lição daquele jurista, 'apresenta sobre o precedente (emprego da força policial) a dupla superioridade de não violentar a pessoa física do devedor e de conduzir a um resultado concreto'.

E, finalmente, MENDONÇA LIMA diz (n. 1.780) que, pela referência do texto do art. 644, não importa se a prestação é *fungível* (arts. 633/634) ou *infungível* (arts. 638/639): 'Bastará que o devedor seja recalcitrante; se atrase na solvência da obrigação; ou reitere a infração posteriormente ao cumprimento'.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em seu 'O Novo Processo Civil Brasileiro', Tomo II, p. 52, sustenta: 'O campo de aplicação por excelência dos meios de coerção é o das obrigações com prestação *infungível*. Realmente, quando se mostra possível proporcionar ao credor, sem a colaboração do devedor, o resultado prático que lhe interessa, não há tanta necessidade de exercer

pressão sobre a vontade do segundo, para que cumpra ele mesmo a obrigação. Aí, os meios de sub-rogação em regra funcionam a contento e bastam para atingir-se o fim que se tem em vista'. Mas, mais adiante, esclarece: 'A lei, entretanto, não restringe aos casos acima indicados a admissibilidade dos meios de coerção. Segundo transparece da rubrica da Seção III e do teor do art. 644, princípio, são eles utilizáveis em qualquer hipótese de obrigação de fazer (com prestação fungível ou infungível) ou de obrigação de não fazer'.

É possível objetar que, pelo texto do art. 287, do C.P.C., a cominação da pena pecuniária seria restrita aos casos de obrigações de fazer ou não fazer *infungíveis*, em aparente parcial antagonismo com os artigos precitados, do diploma processual, que autorizam o preceito cominatório em *todas* as obrigações de fazer ou não fazer.

Preceitua o art. 287: 'Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645)'.

O eminente CALMON DE PAS-SOS, em discorrendo sobre o art. 287 ('Coments. ao C.P.C.', Forense, Tomo III, n. 99), aponta que o





mencionado art. 287 impõe a cominação da pena com acentuado teor imperativo — 'constará'. Já pelo art. 644, o credor dispõe de uma faculdade, pois *poderá* pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária. E busca compor o aparente conflito entre os preceitos legais, explicando que, em sendo *infungível* a obrigação, *impõe-se o preceito cominatório*, a bem de não deixar à míngua de exequibilidade prática a tutela jurisdicional deferida. Ao passo que, em sendo *fungível* a obrigação, o preceito é mera faculdade, utilizável a critério do autor. Vale transcrever: 'Quando a satisfação do direito do credor exige uma atividade pessoal do devedor, mas ela é, por igual, obtível pelos meios de sub-rogação já mencionados, a resistência ou abstenção do vencido não torna vazia de sentido a tutela jurisdicional deferida. Se o vencido devia construir a casa e não constrói, terceiro pode fazê-lo às custas do vencido (art. 633). O mesmo se pode dizer quanto às obrigações negativas: se o vencido não devia construir o muro e construiu, pode ele ser demolido por sua conta e risco (arts. 642 e 643). Na hipótese, entretanto, de se tratar de obrigação positiva ou negativa insuscetível de ser alcançada sem a participação direta e pessoal do vencido, a ausência de meios coercitivos esvazia ou minimiza a tutela jurisdicional deferida, máxime quando se trata de prestação inava-

liável. Daí a tendência de numerosas legislações no sentido de introduzir remédios consistentes em provimento jurisdicional de natureza condenatória que exerça sobre o devedor pressão particularmente intensa, na medida em que comina penalidade incidente sobre o devedor inadimplente, sanção que pode ser representada não só por pena pecuniária, como por medida restritiva da liberdade do devedor, ou por ambas.

'Nessa linha de solução técnica, situa-se o art. 287. Cuidando-se de obrigações positivas ou negativas infungíveis, deve o autor pedir a cominação, sob pena de ser indeferida sua inicial. Nada impede, entretanto, opte, de logo, pela resolução em perdas e danos, ou coloque o seu pedido de execução específica em alternativa: adimplir ou responder por perdas e danos. Nesta hipótese, não vemos como se considerar essencial o pedido de cominação. Ele é indispensável, sob pena de inépcia, quando se pretende essencialmente a execução específica e ainda mais quando se cuida de prestação inavaliável'.

No mesmo sentido foi BARBOSA MOREIRA, obra citada, p. 54, *verbis*: 'Não pode a multa ser aplicada na execução se não constou da sentença, nem constar da sentença se não a pediu o autor, em atenção ao princípio que proíbe o julgamento *extra petita* (cf. vol. I, § 1º, n. I, 1). Via de regra, é livre ao autor

pedir ou não a condenação do devedor ao pagamento da multa (art. 644, verbo 'poderá'); se se tratar, porém, de obrigação de não fazer (quer na modalidade de obrigação de abster-se, quer na de tolerar), ou de obrigação de fazer com prestação infungível, a cominação há de constar obrigatoriamente da petição inicial: assim estatui, com redação imperativa ('constará'), o art. 287, que se deve considerar regra *especial* em face do art. 644'.

Não discrepa o processualista contrerrâneo Prof. MÁRIO AGUIAR MOURA, em seu 'O Processo de Execução', co-edição PUC-EMA, n. 260, II/379.

Aliás, acrescentaríamos que o credor de prestação *fungível* freqüentemente *necessitará* do preceito cominatório. De fato, pode-lhe convir a execução específica, e não o sucedâneo em dinheiro. Mas, para a

execução por terceiro, além do demorado e complexo procedimento, com abertura de concorrência pública, etc. (nos termos dos arts. 634 e segs., do C.P.C.), a execução da obra é feita às custas do exeqüente (art. 634, § 7º), que só posteriormente buscará o reembolso do executado.

E se o exeqüente não dispuser de pecúnia? Como se faria, então, a execução específica, face à negativa do devedor em adimplir e face à não disponibilidade de numérico por parte do credor?

Daí a imobilidade das 'astreintes', como meio de coação tendente a dobrar a recalcitrância do devedor, visando a obter do mesmo a execução da prestação de fazer (ou de não fazer) fungível como infungível, sempre que ao credor interesse obter a própria prestação e não o equivalente monetário.

